

PROF. MAURO RONCO

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PENALE

NELL'UNIVERSITA' DI PADOVA

E-MAIL: roncomau@tin.it

E-MAIL: mauro.ronco@unipd.it

NOTE PER L'AUDIZIONE AVANTI ALLE COMMISSIONI RIUNITE AFFARI COSTITUZIONALI E GIUSTIZIA DEL SENATO DELLA REPUBBLICA

Nei seguenti appunti si esaminano le più significative innovazioni e modifiche del testo approvato dalla Camera dei Deputati in materia di diritto penale sostanziale.

I

Riforma del delitto di concussione, con lo «spacchettamento» dell'attuale art. 317 nella concussione per costrizione (art. 317) e nell'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 quater).

a) La Camera dei Deputati ha ritenuto di rispondere con lo «spacchettamento» del delitto di concussione alle critiche internazionali che ritengono ingiustificata la impunità del privato il quale, sia pure sotto il *metus* della pubblica autorità, dia o prometta denaro o altra utilità all'agente pubblico. Le critiche internazionali meriterebbero un ampio

approfondimento, con la rivendicazione del valore della tradizione italiana. La tipicizzazione del distinto disvalore penale della concussione, anche per induzione, e della corruzione, sottolinea adeguatamente la gravità dell'abuso dell'agente pubblico rispetto alla debolezza della posizione del privato. Si tratta però di tema troppo generale e fondativo per essere discusso in sede di audizione.

b) Va preso atto favorevolmente, tuttavia, che la Camera dei Deputati non ha del tutto rinunciato alla tradizionale figura della concussione, pur riservandola alla sola ipotesi della costrizione. Ciò merita apprezzamento. Si è evitata la grave distorsione sistematica di consegnare il delitto di concussione per costrizione all'estorsione, concettualmente estranea agli illeciti degli agenti pubblici.

c) Merita consenso, in relazione alla gravità del fatto così ridefinito, l'aumento del minimo della pena a sei anni.

d) Desta perplessità, invece, che sia stato escluso l'incaricato del pubblico servizio dalla soggettività attiva del delitto. Anche l'incaricato, allo stesso modo del pubblico ufficiale, è in grado di dispiegare sul piano fattuale una attività costringente, lanciando messaggi densi di vero e proprio *metus* per il cittadino. Sul piano giuridico entrambe le figure esprimono una esauriente competenza pubblicistica. Peraltro, la minore distanza dal cittadino del "servizio" (rispetto all' "ufficio") rende più frequente che atti di costrizione siano esercitati dall'incaricato piuttosto che dal pubblico ufficiale. L'omissione implica il rischio di «sterilizzare» praticamente l'applicazione del delitto.

e) I comportamenti rientranti nell'attuale concussione per induzione vanno a costituire la nuova fattispecie dell'induzione indebita a dare o promettere

utilità (art. 319 quater). La norma punisce tanto il pubblico ufficiale e l'incaricato del pubblico servizio quanto il privato, con pene nettamente più miti per quest'ultimo. La distinzione sanzionatoria merita apprezzamento. Invero, abbandonata l'unità delle condotte rispettivamente costringitiva e induttiva nel delitto di concussione, è ragionevole rimarcare, con la cornice sanzionatoria radicalmente diversa, il disvalore differente delle condotte rispettivamente dell'agente pubblico e del privato.

II

Riforma dei delitti di corruzione, con l'aumento delle pene per i delitti di cui agli artt. 319 e 319 ter e con l'introduzione del nuovo delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318).

a) La pena per la corruzione propria (art. 319) è aumentata notevolmente sia nel minimo che nel massimo. Il drastico aumento nel massimo risponde all'esigenza, espressa soprattutto dal mondo della magistratura, di evitare i rischi di prescrizione del reato, atteso il vigente meccanismo dell'art. 157 c.p.. L'aumento dei massimi di pena non appare tuttavia il metodo migliore per ovviare al rischio prescrizione. La cornice sanzionatoria e i termini prescrizionali rispondono a principi diversi. Non si può strumentalizzare la funzione della pena all'esigenza antiprescrizione. L'aumento dei massimi provoca una *overcriminalization* punitiva. Comparativamente, si tenga in considerazione che, nel codice tedesco, il delitto di corruzione più grave, per atti contrari ai doveri di ufficio (§ 332 *Bestechlichkeit*) è punito con la detenzione da 6 mesi a 5 anni. Inoltre è prevista una fattispecie attenuata ("*In minder schweren Fällen...*"), punita con la detenzione fino a 3 anni o, addirittura, con la semplice pena pecuniaria.

b) La modifica dell'art. 319 ter (corruzione in atti giudiziari) concerne l'aumento della cornice edittale di pena sia nel minimo che nel massimo (fattispecie di cui al 1° comma) ovvero soltanto nel minimo (fattispecie di cui al 2° comma). Gli aumenti corrispondono all'elevatissimo disvalore penale degli illeciti. Tuttavia, non è inutile gettare uno sguardo comparativo sul diritto germanico, in cui il fatto è punito con la pena da uno a dieci anni. In tale ordinamento, inoltre, è prevista una fattispecie attenuata (“*In minder schweren Fällen...*”) punita con la detenzione da 6 mesi a 5 anni (§ 332, 2° co.).

c) La novità maggiore riguarda la riforma dell'art. 318, rubricato oggi come “Corruzione per un atto di ufficio”, che si articola in due fattispecie: Corruzione impropria antecedente (1° co.), punita con la reclusione da 6 mesi a 3 anni; corruzione impropria susseguente (2° co.), punita con la reclusione fino a un anno.

Il nuovo art. 318 è rubricato ora come “Corruzione per l'esercizio della funzione”, senza più alcuna distinzione tra corruzione antecedente e susseguente. La cornice edittale è radicalmente più severa (da 1 a 5 anni) rispetto alla cornice tanto del 1° quanto del 2° comma dell'attuale art. 318. La fattispecie è generica. Corrisponde sostanzialmente, tranne che nella rubrica, al § 331 del codice tedesco. La rubrica del codice tedesco (*Vorteilsannahme* – presa di utilità) è più appropriata ad individuare il disvalore del fatto che non la rubrica del testo riformato (“Corruzione per l'esercizio della funzione”). La rubrica italiana evoca il concetto giurisprudenziale di “asservimento della funzione”, utilizzato dalla giurisprudenza per stigmatizzare i casi in cui sia stata accertata la vera e propria iscrizione del pubblico agente a libro paga del privato. Si tratta di casi relativamente frequenti, in cui la giurisprudenza, con il procedimento *a minori ad maius*, ha ritenuto di applicare in via analogica (contro il divieto

previsto dalla legge) l'art. 319 c.p., anche in assenza dell'individuazione dell'atto oggetto di mercimonio.

d) La nuova figura dell'art. 318 si presenta perciò con caratteri di ambiguità, perché ricomprende al suo interno situazioni di disvalore molto differenti, che vanno dall'asservimento della funzione alla mera remunerazione *ex post* dell'agente pubblico per motivi di riconoscenza.

L'abolizione della corruzione impropria susseguente, con la sua ricomprensione nell'art. 318, non è condivisibile, soprattutto in relazione all'elevatezza della cornice edittale prevista anche per tale fatto dalla riforma.

e) Le ipotesi di asservimento della funzione dovrebbero essere congruamente ricomprese nell'art. 319 c.p.. Occorrerebbe adottare una piccola riforma di quest'ultima norma, che darebbe legittimità all'attuale (illegittima) interpretazione analogica compiuta dalla giurisprudenza.

L'ipotesi tradizionale della corruzione impropria successiva andrebbe conservata, con una previsione di pena assai inferiore rispetto a quella prevista nel testo di riforma.

f) La cornice edittale del testo della riforma (da 1 a 5 anni) è sproporzionata in eccesso per l'ipotesi di corruzione impropria antecedente e susseguente (atto compiuto in conformità ai doveri dell'ufficio) e sproporzionata in difetto per i casi di asservimento della funzione. Si tenga presente, sempre in via comparativa, che il § 331, 1° comma del codice tedesco (*Vorteilsannahme* – presa di utilità) (che ricorre allorché non sia stato compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio) prevede la pena della reclusione fino a 3 anni o addirittura la semplice pena pecuniaria (contro la pena da 1 a 5 anni della previsione riformata).

g) Come accennato *supra*, la cornice edittale è assolutamente sproporzionata in eccesso per i casi di presa di vantaggio dell'agente pubblico per atto conforme ai doveri di ufficio e implica una *overcriminalization* incongrua. Va altresì detto che tale cornice edittale è confezionata in funzione di rendere ammissibili le intercettazioni ex art. 266, 1° co., lett. b) c.p.p., per ogni ipotesi di presa di utilità dell'agente pubblico, con dilatazione di tale metodo investigativo, su cui oggi è vivace la discussione volta a diminuirne la portata.

III

Una riforma di rilievo concerne l'introduzione del **nuovo delitto di "Traffico di influenze illecite"** (art. 346 bis c.p.). In questo caso la riforma discende dalla Convenzione di Strasburgo del 27 gennaio 1999, ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110.

a) Un primo rilievo concerne il fatto che, attesa la grande portata innovativa dell'art. 12 della Convenzione, che obbliga a incriminare come reato, appunto, il traffico di influenza, la ratifica della Convenzione avrebbe dovuto accompagnarsi alla regolamentazione della c.d. attività di *lobbying*, che è riconosciuta come legittima in tutto il mondo, in base a un diritto consuetudinario (soprattutto nei paesi di espressione linguistica anglosassone), ovvero in base a precise disposizioni normative. È significativo al riguardo che il diritto tedesco, che non ha regolamentato l'attività di *lobbying*, non abbia a tutt'oggi inserito nell'ordinamento il delitto di "traffico di influenza" (si v. l'ultimo rapporto GRECO sulla Germania alle pp. 20-21: "*Le droit allemand n'érige pas le trafic d'influence en infraction et ne prévoit aucune autre infraction interdisant d'exercer une influence au sens de l'article 12 de la Convention...*").

b) Senza la regolamentazione previa dell'attività di *lobbying*, la previsione punitiva del “traffico di influenza” si risolve in un immenso contenitore capace di ricomprendere in modo indeterminato comportamenti abitualmente praticati – e ritenuti, addirittura, commendevoli –, dalle grandi associazioni di categoria. Prima, invero, che il testo di un decreto-legge venga approvato dal Governo, i commentatori specializzati diffondono a vantaggio delle *lobbys* – Confindustria, Confcommercio, organizzazioni sindacali, etc. – le sue anticipazioni. Su di esse lavorano gli uffici studi privati, che si relazionano con i Ministri, i Sottosegretari e i funzionari ministeriali degli uffici legislativi per proporre modifiche a vantaggio delle categorie. Questo traffico di influenze prosegue in maniera frenetica dall'emanazione del Decreto legge fino all'approvazione della legge di conversione. Gli uffici studi delle associazioni private e i loro incaricati d'affari sono retribuiti, in quanto svolgono l'attività di *lobby* in base alla retribuzione che perviene loro, per via mediata, dalle contribuzioni dei soci.

Pertanto, queste attività potrebbero tranquillamente essere ricomprese nella disposizione di cui al testo dell'art. 346 bis, nella parte in cui esso dichiara punibile chiunque, “sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente si fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita” (art. 346, 1° co, prima parte).

c) Presupposto normativo indispensabile, pertanto, affinché il delitto di “Traffico di influenze illecite” non divenga uno strumento di *overcriminalization* indiscriminata, in violazione del principio di legalità e del principio di uguaglianza, è la regolamentazione dell'attività cosiddetta di *lobbying*. Soltanto una normativa di tal genere, infatti, può dire all'interprete e, naturalmente, al giudice, quando una mediazione sia “illecita” e, correlativamente, quando la promessa di denaro o di altro vantaggio patrimoniale sia “indebita”. In mancanza di tale regolamentazione la

disposizione si appalesa incostituzionale per violazione degli artt. 25, 2° co. e 3, 2° co. della Costituzione.

d) Perplessità desta comunque l'anticipazione della tutela penale a comportamenti di mero pericolo, prodromici rispetto a eventuali successivi accordi corruttivi. La *overcriminalization* è evidente.

e) Sul piano tecnico il testo normativo è infelice.

Al riguardo va ricordato che il codice vigente prevede all'art. 346 il delitto di "Millantato credito", fondato su principi del tutto distonici rispetto a quelli perseguiti dalla riforma. In particolare, mentre il testo in esame postula l'esistenza *effettiva* di relazioni tra il mediatore e l'agente pubblico, il millantato credito richiede che tali relazioni siano *falsamente rappresentate* dal soggetto attivo del reato. Per quest'ultimo motivo l'art. 346 c.p. punisce soltanto il millantatore, ravvisando la qualità di persona offesa in chiunque dia il denaro o esterni la promessa. Poiché la *ratio* del testo in discussione equipara il mediatore al dante o al promittente, sarebbe congrua l'abolizione del delitto di millantato credito. In conseguenza di ciò, nel caso di relazioni *inesistenti* del mediatore con l'agente pubblico, si potrebbe applicare nei confronti del millantatore la speciale figura di truffa in atti illeciti, sulla falsariga dell'ipotesi paradigmatica dell'art. 640, 2° co., n. 1 c.p..

f) Sussistono anche incongruità sanzionatorie. La pena stabilita per il millantato credito, allorché, per la millanteria del mediatore, non vi è pericolo di corruzione, è superiore (reclusione da uno a cinque anni) alla pena prevista per il traffico di influenze (reclusione da uno a tre anni), quando, invece, il fatto è prodromico a comportamenti corruttivi. La disparità implica una palese violazione del principio costituzionale di

uguaglianza, poiché una pena più grave è statuita per un fatto caratterizzato da un minor disvalore penale.

IV

Altra riforma di grande rilievo concerne la **modifica dell'art. 2635 del codice civile**. Oggi tale articolo è rubricato come "Infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità". La rubrica del testo di riforma suona invece come "Corruzione tra privati".

a) La riforma vorrebbe corrispondere all'adempimento di obblighi internazionali. In effetti l'art. 21 della Convenzione di Merida; gli artt. 7 e 8 della Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 e l'art. 2 della Decisione quadro dell'Unione Europea del 22 luglio 2003 (2003/568/GAI relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato) richiedono l'incriminazione della corruzione, sia attiva che passiva, nel settore privato.

b) L'Italia, come la Germania, aveva apposto una riserva alla Decisione quadro, ai sensi del 3° comma dell'art. 2. Alla scadenza dei 5 anni, decorrenti dal 22 luglio 2005, la riserva avrebbe potuto essere prorogata ai sensi dell'art. 5 del medesimo art. 2. Ma il Consiglio europeo non ha più preso in esame la questione. Pertanto, la riserva, a suo tempo apposta dall'Italia e dalla Germania, non ha più efficacia. Con legge del 28 giugno 2012, n. 110, peraltro, il Parlamento ha ratificato la Convenzione di Strasburgo del 27 gennaio 1999, mentre si sarebbe opportunamente potuto accompagnare l'esame della presente legge alla ratifica della Convenzione.

c) Va detto subito che il testo dell'art. 2635 c.c. non adempie all'obbligo di adeguamento alla normativa internazionale.

Invero:

- il *Rapport d'Evaluation de l'Italie* 23 marzo 2012, confezionato dal GRECO (*Groupe d'Etats contre la corruption*) del Consiglio d'Europa ha mosso sei rilievi critici contro l'art. 2635 del codice civile, dichiarando che l'Italia non si è adeguata all'obbligo della Convenzione di Strasburgo. Si citano di seguito i rilievi del GRECO:
- Primo rilievo: la norma italiana prende in considerazione soltanto i soggetti apicali delle società commerciali e non ogni persona che svolga un qualsivoglia lavoro per una qualsiasi entità del settore privato;
- Secondo rilievo: la norma non menziona che il beneficiario dell'utilità possa essere un terzo;
- Terzo rilievo: la norma non prende in esame la condotta di offrire una utilità o di sollecitarla;
- Quarto rilievo: la norma non prende in esame la condotta indiretta, ovvero quella commessa attraverso un intermediario;
- Quinto rilievo: la norma prevede, contro la Convenzione, che la società abbia subito un danno dall'infrazione;
- Sesto rilievo: la norma prevede, contro la Convenzione, la punibilità a querela della persona offesa, e non d'ufficio.

I rilievi del GRECO sono pertinenti (a parte il quarto, che scaturisce dall'ignoranza dei valutatori in ordine alla struttura del concorso di persone nel diritto italiano). I rilievi restanti mettono in luce la difformità dell'attuale art. 2635 rispetto alla Convenzione di Strasburgo, che è stata ripresa, poi, pari pari, dalla Decisione quadro europea.

d) In realtà, la struttura dell'incriminazione italiana è essenzialmente diversa rispetto a quella degli strumenti internazionali ed europei. Per questa ragione strutturale il testo della riforma non adempie alle richieste di adeguamento del GRECO, in quanto lascia fondamentalmente invariato l'attuale art. 2635 c.c..

Analiticamente va detto che la riforma:

- non adempie al primo rilievo, limitandosi a prevedere, nel 2° co. del testo, la punibilità anche di chi abbia commesso il fatto in quanto “sottoposto alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti indicati al 1° comma”. Gli strumenti internazionali postulano, invece, che sia punito il comportamento di chiunque, in qualunque settore dell'attività privata, anche non commerciale, compia atti di “corruzione”, sia attiva che passiva;
- non adempie al quinto rilievo, che possiede carattere fondamentale, relativo all'indifferenza circa il fatto che il comportamento abbia provocato un danno all'ente morale. Di contro, il testo in discussione richiede che sia provocato “nocumento” “alla società”.

Il testo riformato adempie, invece, ai rilievi di cui al punto 2 (del tutto irrilevante nell'economia complessiva della fattispecie) e al punto 6, relativo alla punibilità d'ufficio e non più a querela. Il testo della riforma lascia così invariata la struttura dell'attuale art. 2635 c.c., imperniato sulla precisa individuazione del bene giuridico offeso, consistente nell'interesse della società commerciale alla fedeltà del proprio amministratore o dirigente (interesse che si pone in perfetta analogia, nella corruzione degli agenti pubblici, con l'interesse della pubblica amministrazione alla loro imparzialità nel rapporto con i privati).

e) Ciò premesso, vanno fatti i seguenti rilievi:

- Se la riforma non intende contraddire, come appare evidente dal testo, la scelta già compiuta in passato dal legislatore con l'art. 2635 c.c., la previsione della punibilità d'ufficio è incongrua, dovendo permanere la punibilità a querela della persona offesa, poiché vittima del reato è la società di cui l'agente è amministratore o dirigente. Va detto al riguardo che la fattispecie germanica di cui al § 299 Str.GB (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*), pure ritenuta non conforme alla normativa europea dal rapporto GRECO per la Germania, prevede altresì la punibilità a querela.
- Il Parlamento deve prendersi carico del grave problema dell'adeguamento dell'Italia agli obblighi internazionali ex art. 117, 1° co. Costituzione. Il tema è di grandissima portata. Fermo tale obbligo, esso non può non subire una deroga nei casi in cui l'eventuale norma, emessa in conformità all'obbligo internazionale, sia incostituzionale. Ora, le norme, tanto quella convenzionale quanto quella europea, sono palesemente incostituzionali, perché impongono incriminazioni contrarie al principio di legalità, sotto il profilo sia della tassatività che della determinatezza. Tale principio è assolutamente fondamentale, nel nostro ordinamento, alla stregua dell'art. 25, 2° comma della Costituzione.
- Non è questa la sede per approfondire l'argomento. Valga al riguardo soltanto osservare che gli artt. 7 e 8 della Convenzione del Consiglio d'Europa e l'art. 2 della Decisione quadro impongono di incriminare qualsivoglia fatto legato al trarre un "qualsiasi vantaggio indebito" "diretto o indiretto" da "qualsiasi persona che dirige un ente privato o che vi lavora" compiuto "in violazione dei suoi doveri". Tali previsioni sono assolutamente indeterminate, nonché prive dello stigma della tassatività. Esse, infatti, consentono un intervento dell'organo del pubblico ministero senza il vincolo di

ragionevolezza imposto dall'art. 3 della Costituzione, perché esse non specificano in alcun modo in cosa consista la "indebitezza" del vantaggio, e quali siano i "doveri" in violazione dei quali dovrebbe scattare la punibilità.

e) Non è casuale che tanto l'Italia quanto la Germania abbiano apposto la riserva alla Decisione quadro del 2003 ai sensi del 3° co. dell'art. 2 di tale disposizione e che l'Italia non abbia ratificato (fino alla legge 28 giugno 2012 n. 110) la Convenzione fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999. Si trattava di scelte politiche che intendevano preservare il pieno rispetto nell'ordinamento interno del principio di legalità dell'incriminazione penale.

f) L'indeterminatezza della normativa convenzionale ed europea risulta palese dalla mancata individuazione in essa del preciso bene giuridico oggetto della tutela. Nell'esemplificazione che i grandi Maestri del diritto penale della Repubblica Giuliano Vassalli e Marcello Gallo esponevano a commento dell'art. 25, 2° co. Costituzione, in ordine alla possibile violazione del principio di legalità, ricorreva proprio (è questo un ricordo indimenticabile che ritorna vivissimo alla mente di chi scrive) il riferimento alla descrizione dell'incriminazione penale con formule del tipo: "Sono puniti tutti i comportamenti, posti in essere da chiunque, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, in violazione dei propri doveri". Descrizione tipicamente caratterizzante le previsioni incriminatrici della Convenzione di Strasburgo e della Decisione quadro.

g) Tanto la legislazione italiana quanto quella tedesca hanno cercato di tipicizzare il bene giuridico tutelato, con apposizione della riserva alla Decisione quadro e con la formulazione di norme tipicizzate intorno a beni giuridici determinati: il codice tedesco con riferimento alla concorrenza

sleale nel traffico commerciale; il codice civile italiano con riferimento alla infedeltà patrimoniale dell'amministratore, del direttore, del dirigente o del sindaco delle società commerciali.

h) La gravità del tema, soprattutto per le implicazioni europee e internazionali, renderebbe opportuno che il Parlamento si esprimesse con parola autorevole, dopo aver esaminato approfonditamente gli aspetti costituzionali ricollegabili all'adeguamento automatico dell'ordinamento interno, soprattutto nel campo penale, agli strumenti internazionali.

i) La soluzione del testo, di cambiare la rubrica dell'art. 2635 c.c., intitolando il delitto come "Corruzione tra privati", appare come una "truffa delle etichette" destinata né a soddisfare gli organi di monitoraggio europeo, né a disciplinare la materia in modo costituzionalmente orientato.

V

Si sono svolti soltanto i rilievi al testo di legge che destano più profonda preoccupazione per la tenuta del nostro ordinamento sotto il profilo dei principi costituzionali di legalità e di uguaglianza, essendosi intenzionalmente trascurati gli aspetti tecnici di minore portata.

Padova, li 16 Settembre 2012

prof. Mauro Ronco
Professore Ordinario di Diritto penale
nell'Università di Padova